

LA COMPETENCIA TÁCITA DE LOS CENTROS DE MEDIACIÓN PARA LIQUIDAR LA SOCIEDAD CONYUGAL EN EL ECUADOR ¹

THE TACIT COMPETITION OF MEDIATION CENTERS TO WINDING UP THE MARITAL PARTNERSHIP IN ECUADOR

Cristina Marillac Troya Arellano²
cmtroya@estud.usfq.edu.ec

RESUMEN

El presente trabajo de titulación tiene como objetivo determinar el origen de la competencia de los Centros de Mediación para liquidar la sociedad conyugal desde dos enfoques. El primero, un análisis de la antinomia aparente entre la Constitución y la Ley de Arbitraje y Mediación, en contraste con la Ley Notarial desde una interpretación literal y sistemática que brinde coherencia al ordenamiento jurídico ecuatoriano. En el segundo enfoque se demuestra que la liquidación de la sociedad conyugal es una materia perfectamente transigible, se propone un *test* que sirva de guía para futuros análisis de otros derechos subjetivos mediables, además de consolidar límites a los acuerdos derivados de la renuncia de gananciales dentro de un procedimiento de mediación.

PALABRAS CLAVE

Centros de Mediación, liquidación de la sociedad conyugal, notario, mediador, competencia, transigible.

ABSTRACT

The objective of this degree work is to determine the origin of the competence of the Mediation Centers to winding up the marital partnership Ecuador, from two approaches. The first is an analysis of the apparent antinomy between the Constitution and the Arbitration and Mediation Law, in contrast to the Notary Law from a literal and systematic interpretation that provides coherence to the Ecuadorian legal system. In the second approach, I will try to explain that the liquidation of the conjugal society is a perfectly transigibility matter, proposing a test that serves as a guide for future analyzes of other mediations subjective right's, in addition to consolidating limits to the agreements derived from the resignation of marital assets within a mediation procedure.

KEYWORDS

Mediation Center, marital society liquidation, public notary, mediator, competence, transigibility.

Fecha de lectura: xx de abril de 2020

Fecha de publicación: xx de abril de 2020

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN; 2. ANÁLISIS DE FORMA DEL ORIGEN DE LA POTESTAD DE LOS CENTROS DE MEDIACIÓN PARA LIQUIDAR LA SOCIEDAD CONYUGAL; 2.1. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA; 2.2. COMPETENCIA CONCURRENTE/COMPARTIDA; 2.3. ANTINOMIA APARENTE/SOLUBLE; 2.3.1. INTERPRETACIÓN LITERAL, AISLADA Y RESTRINGIDA; 2.3.2. INTERPRETACIÓN LITERAL Y SISTEMÁTICA; 3. ANÁLISIS DE FONDO DEL ORIGEN DE LA POTESTAD DE LOS

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por el Dr. Jaime Vintimilla Saldaña.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

CENTROS DE MEDIACIÓN PARA LIQUIDAR LA SOCIEDAD CONYUGAL; 3.1. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL; 3.2. ACTA DE MEDIACIÓN; 3.2.1. DIFERENCIA ENTRE TRANSACCIÓN Y ACTA DE MEDIACIÓN; 3.3. MATERIA TRANSIGIBLE: PARTICIÓN DE GANANCIALES; 3.3.1. TEST DE TRANSIGIBILIDAD; 3.3.1.1. QUE SEAN DERECHOS SUBJETIVOS OTORGADOS POR LA LEY; 3.3.1.2. QUE SOLO MIREN AL INTERÉS INDIVIDUAL DEL RENUNCIANTE; 3.3.1.2.1. CAPACIDAD DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN; 3.3.1.2.2. VOLUNTAD LIBRE DE VICIOS; 3.3.1.2.3. OBJETO LÍCITO; 3.3.1.2.4. CAUSA ILÍCITA; 3.3.1.2.5. SOLEMNIDADES SUSTANCIALES; 3.3.1.3. QUE NO ESTÉ PROHIBIDA SU RENUNCIA; 4. CONCLUSIONES. -

1. Introducción

Los Centros de Mediación en el país, aparecieron con la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997. A partir de ese momento, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano apareció una nueva institución embestida de jurisdicción voluntaria. Este órgano trajo consigo un respiro al abarrotado sistema judicial del Ecuador e incentivó una cultura de diálogo. Sin embargo, al tratarse de un ente relativamente nuevo, gran parte de la población desconoce las atribuciones que tiene para resolver sus conflictos.

La liquidación de la sociedad conyugal como objeto de mediación en el caso ecuatoriano está supeditado a la aplicación del concepto general transigibilidad, contenido en la Constitución y en la Ley de Arbitraje y Mediación, legislación que no atribuye de forma expresa la competencia a los Centros de Mediación, sino que exige un análisis previo de transigibilidad aún inexplorado en la materia. En consecuencia, el problema en cuanto al origen de la competencia de los Centros de Mediación para repartir gananciales, da apertura a que las personas que deseen acoger este método alternativo de resolución de conflictos, opten por hacerlo mejor ante el notario, quien tiene una competencia expresa en la Ley Notarial.

El presente artículo estudiará el origen de la potestad de los Centros de Mediación para liquidar la sociedad conyugal y para ello, se analizará la antinomia aparente entre el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en contraste al artículo 18 de la Ley Notarial, fundado en las interpretaciones literales restringidas o sistemáticas; después, se propondrá un *test* de transigibilidad donde se probará que la renuncia de gananciales es objeto de mediación conforme el criterio de la doctrina ecuatoriana³. También se

³ Ver Farith Simón, *Manual Borrador de Derecho de Familia*. (unpublished manuscript, febrero 2017), typescript; Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* (Quito: Editorial Corporación de estudios y publicaciones, 2008), Capítulo VI, S/D, Epubreader; Luis Parraguez Ruiz, *Régimen general del negocio jurídico y del contrato-Primer borrado* (unpublished manuscript, marzo 2020), typescript;

demostrará que los Centros de Mediación tienen una competencia tácita para liquidar la sociedad conyugal emanada del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por último, se determinarán algunos límites a los acuerdos consolidados en el acta de mediación, así se evita la inejecución frente a funcionarios públicos.

2. Análisis de forma del origen de la potestad de los Centros de Mediación para liquidar la sociedad conyugal

Se toma en consideración que el artículo versa sobre el origen de la competencia de los Centros de Mediación, frente a la atribución de liquidar la sociedad conyugal, de este modo es necesario abordar y demarcar de manera doctrinaria y legal los conceptos de jurisdicción voluntaria, competencia concurrente y materia admitida a potestad de notarios y mediadores; se pone en escena la interpretación de antinomias, al aplicar criterios de jerarquía, literalidad sistemática y restrictiva, esto con la finalidad de colocar al lector en el punto de partida que clarifique la competencia de los Centros de Mediación para repartir ganancias desde un enfoque de fuentes normativas e interpretación.

2.1. Jurisdicción voluntaria

En el Ecuador las fuentes de jurisdicción y competencia únicamente provienen de la Constitución y la ley,⁴ entendida a la Constitución como la norma primaria productora de normas que la consolida como un marco jurídico a nivel nacional para leyes de menor jerarquía, razón por la cual la Constitución es la norma fundamental emanada de un poder constituyente originario conformado de dos partes, una dogmática y la otra orgánica. Esta última determina la creación, atribución y competencia de los órganos del Estado.⁵

Por ese motivo, la distribución de competencias se puede dividir de distintas formas, pero es necesario ejemplificar que la antítesis⁶ de la jurisdicción voluntaria es la contenciosa, conformada por las Cortes Nacionales, Cortes Provinciales, Tribunales y Unidades Judiciales, los cuáles pese a compartir la *iuris dictio*, entendida “como la

⁴ Ver Artículo 7, Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ], R.O. Suplementario 544 de 09 de marzo del 2009, reformado por última vez, R.O. Suplementario 517 el 26 de junio de 2019. (En adelante solo COFJ)

⁵ Ver Hernán Saldado Pesantes, *Lecciones de derecho constitucional* (Quito: Ediciones Legales, 2004), 49. (La parte dogmática enuncia los preceptos constitucionales que sirven de límite al poder del Estado).

⁶ Ver Hugo Aguisaca Mendoza y Luz Albarracín- Carlos Guzmán Crespo, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 08 de abril de 1998, N/D (Refiriéndome a la jurisdicción del juez se emana desde la soberanía, más no de las partes).

potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado’’⁷ solo pueden atender asuntos de su competencia en razón del territorio, grado y persona, y materia.

Por ende, la competencia emanada de la Constitución, o de leyes supeditadas a ella, contemplan una atribución basada en un factor determinante.⁸ Tal como la materia en función al caso concreto se pretende liquidar la sociedad conyugal, debiendo elegir entre Cortes Provinciales de lo Laboral, Tribunales Provinciales de lo Civil y Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia,⁹ embestidas con la *iuris dictio*, pero solo está última tiene la competencia para conocer la partición de bienes matrimoniales. En esta realidad, la relación género-especie existente entre la jurisdicción y competencia, permite establecer el órgano asignado por el ordenamiento jurídico capaz de conocer y resolver la causa.

Visto que la jurisdicción contenciosa es conocida por la lentitud, corrupción, desgaste económico y emocional de las partes, crea así el medio propicio para el desenvolvimiento de la jurisdicción voluntaria y la mediación.¹⁰ La jurisdicción voluntaria radica desde los tiempos de la antigua Roma, donde se comprendía a la justicia, de manera *inter volentes*,¹¹ en otras palabras, entre personas que no litigan ni tiene conflictos, sino que en principio están de acuerdo en lo que quieren, producto de la ausencia de una contienda, surge la jurisdicción voluntaria limitada en virtud del principio de legalidad.

En este sentido, Pérez Fuentes y Cobas Cobiella, conforme a la doctrina clásica, definen a la jurisdicción voluntaria como aquella necesidad de promoción y reconocimiento de hechos o actos no disputados entre los comparecientes. Añadiendo ciertas características presentes en la jurisdicción voluntaria y ausentes en la contenciosa, entre las cuales mencionan: “falta de controversia, falta de verdaderas partes, falta de un proceso y no producción del efecto de cosa juzgada’’,¹² ubicando dentro de este enfoque a la labor notarial.

⁷ Artículo 150, COFJ.

⁸ Ver Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2006), 133-134 (La competencia entendida como la capacidad objetiva del órgano embestido de atribuciones conferidas por la ley con respecto a un determinado proceso).

Artículo 156, COFJ.

⁹ Ver Artículo 234 COFJ; Ver Resolución N. 01-2020, Corte Nacional de Justicia [Competencia para conocer y resolver los procesos de inventario y partición de bienes], Registro Oficial Suplemento 140 de 11 de febrero del 2020.

¹⁰ Ver Laurance M. Jr. Hyde, "Mediation," *Juvenile & Family Court Journal* 35, no. 1 (Spring 1984), 57-72

¹¹ Ver Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2006), 108-109.

¹² Gisela María Pérez Fuentes y María Elena Cobas Cobiella, ‘Mediación y jurisdicción voluntaria en el marco de la modernización de la justicia. Una aproximación a la legislación española’. (*Instituto de*

El notario da fe pública de los actos, hechos, documentos y contratos realizados ante ellos en calidad de órganos auxiliares de la Función Judicial,¹³ de ahí que no se inmiscuye en las tratativas previas solo otorga la presunción de verdad en los actos, hechos, contratos puestos ante él. Por esa razón, no existe controversia ni verdaderas partes porque los comparecientes llegan con los contratos ya realizados. Adicionalmente, este servidor público es un profesional en Derecho abalado con mínimo tres años de experiencia.¹⁴ Además, la ley¹⁵ asigna entre sus atribuciones el tramitar el divorcio por mutuo acuerdo.

En cambio, la mediación según el Código Orgánico de la Función Judicial se constituye en un servicio público por su función de administrar justicia al consolidarse en una alternativa de resolución de conflictos frente a la tradicional justicia ordinaria.¹⁶ También, el procedimiento de mediación se desarrolla con las partes, siendo estas últimas los principales actores en la resolución de sus conflictos, dejando al mediador en la posición de un tercero neutral que ayuda a través del Centro de Mediación a brindar una gama de soluciones pacíficas y legales.

Con respecto a las tasas por servicios notariales existe una resolución con una tabla progresiva donde se establecen los costos del servicio notarial dependiendo de la cuantía y el tipo de negocio jurídico.¹⁷ De igual forma, cada Centro de Mediación tienen un reglamento determinando las tarifas en función de la cuantía del negocio jurídico a pactarse.¹⁸ Con el objetivo de clarificar la diferencia de costos en una u otra institución se expondrá la forma de obtener las tarifas en el caso de dos excónyuges recién divorciados desean de mutuo acuerdo liquidar, renunciar, repartir y adquirir los bienes de la sociedad conyugal.

Siguiendo el ejemplo, el pago ante notario por la realización de la liquidación, más la renuncia de gananciales; y finalmente la repartición y adquisición de bienes resultan

Investigaciones Jurídicas de la UNAM: Revista 137 (2013),658-665. (Cabe destacar que en España las competencias entre notarios y mediadores son distintas).

¹³ Ver Artículo 178, 199 y 200, Constitución de la República del Ecuador [CR], R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018. (En adelante solo CR); Ver Jorge Martínez, *Apuntes de Derecho Notarial* (Quito: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones), 43.

¹⁴ Ver Artículo 299, COFJ.

¹⁵ Ver Artículo 18 numeral 22, Ley Notarial [LN]. R.O. 158 de 11 de noviembre de 1966, reformado por última vez R. O. 517 de 26 de junio de 2019. (En adelante solo LN)

¹⁶ Ver Artículo 17, COFJ.

¹⁷ Ver Resolución 216, Consejo de la Judicatura [Reglamento del Sistema Notarial Integral de la Función Judicial], Registro Oficial 160 de 15 de enero de 2018.

¹⁸ Ver Resolución Oficial 443, Consejo de la Judicatura [Reglamento Fijación de Costos Administrativos en Centro de Mediación], Registro Oficial 443 de 23 de febrero de 2015.

en tres tipos de negocios distintos que se cobran de forma separada por cada uno.¹⁹ En cambio, los Centros de Mediación según su reglamento interno solo se basan en la cuantía derivada del asunto en controversia para colocar el costo del servicio.²⁰ En consecuencia, el costo de mediación es asequible a la realidad económica de los usuarios.

Otra ventaja de los Centros de Mediación frente a las Notarías es el ahorro económico del usuario producto de la contratación de servicios profesionales de un abogado que exige este último para la realización de la minuta que debe ser presentada al solicitar una escritura pública.²¹ El gasto extra no se requiere en el procedimiento de mediación al no ser necesaria la intervención de abogados, excepto si así lo expresaran las partes.

Por otro lado, el procedimiento de mediación posee características propias, tales como:²² el principio de voluntariedad, que los acuerdos versen sobre materia transigible, tenga un carácter extrajudicial y solucionen de forma definitiva el conflicto, y, por último, la “intervención de un tercero neutral, denominado mediador”²³ que favorece la suscripción de un acta de mediación eficaz.

De lo antes dicho se desprende que la competencia permite a los órganos distribuir las facultades emanadas de la Constitución. Así aparecen las Notarías y Centros de Mediación, los primeros pertenecen a la jurisdicción voluntaria y los segundos conforman los métodos alternativos de resolución de conflictos.²⁴

En síntesis, los Centros de Mediación presentan tarifas asequibles a usuarios interesados en repartir voluntariamente sus bienes matrimoniales. Igualmente, los mediadores interactúan de manera directa con las partes para exponer soluciones y aclarar sentimientos consiguiendo una solución acorde a sus intereses e incluso fortaleciendo una relación amistosa y pacífica entre los exesposos.²⁵ Sin embargo, la competencia de los Centros de Mediación se enfrenta a dos problemas de reconocimiento. El primero de forma, la aparente antinomia entre la LN, la LAM y la Constitución; y el segundo de fondo, al determinar las atribuciones de los mediadores sobre la base de conceptualizar la transigibilidad.

¹⁹ Ver artículos 34, 35 y 36, Reglamento del Sistema Notarial Integral de la Función Judicial.

²⁰ Ver artículo 12, tabla de tarifas, Reglamento Fijación de Costos Administrativos en Centro de Mediación.

²¹ Ver Artículo 10 y disposición general primera, LN.

²² Ver Artículo 43, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM]. R.O. 145 de 4 de septiembre de 1997 reformado por última vez R. O. Suplementario 309 de 21 de agosto de 2018. (En adelante solo LAM)

²³ Ver Ximena Bustamante Vásquez, *El Acta de Mediación* (Quito: Editorial Cevallos, 2009), 177.

²⁴ Ver Artículo 190, CR.

²⁵ Ver Laurance M. Jr. Hyde, "Mediation," *Juvenile & Family Court Journal* 35, no. 1 (Spring 1984), 57-72

2.2. Competencia concurrente / compartida

Con el fin de demostrar el origen normativo de las competencias de las Notarías y Centros de Mediación para liquidar la sociedad conyugal, empezaré aclarando que la competencia concurrente admite la posibilidad de que diferentes autoridades con competencia conozcan sobre el mismo asunto, quedando a elección del solicitante acudir ante una u otra autoridad provista de atribuciones.²⁶

En el ordenamiento normativo ecuatoriano, existen espacios en los cuales se pone de manifiesto las atribuciones expresas y tácitas de ciertos órganos de la Función Judicial. Tal es el caso de los servicios notariales que tienen sus potestades de forma explícita en la Ley Notarial, donde intervienen solo a petición de los requirentes sobre asuntos no controvertidos para “autorizar, conceder, aprobar, declarar, extinguir, cancelar y solemnizar situaciones jurídicas respecto de las que se encuentren expresamente facultados en el Código General de Procesos [y] Ley Notarial [...]”.²⁷

Por otro lado, los Centros de Mediación tienen sus competencias en razón de la materia en forma implícita emanada de la Constitución²⁸, y pese a que la Ley de Arbitraje y Mediación²⁹ atribuye algunos requisitos y características para determinar los asuntos transigibles, siguen existiendo dudas sobre las materias disponibles. En efecto, la llamada naturaleza transigible de la mediación no se encuentra definida, pero al ser un concepto general debe interpretarse en cada caso.

Cabe destacar que las atribuciones del notario se encuentran determinadas en *números clausus* dentro del artículo 18 de la Ley Notarial,³⁰ por ende, no exige de la autoridad ningún análisis previo, más que el de ajustar sus funciones a lo establecido; distinto es el caso de los mediadores debido al estudio *ex ante* para determinar si una materia se puede transigir en virtud de su naturaleza.

Ante todo, el objeto de estudio es el numeral 23 del artículo 18 de la LN debido al problema que presenta el analizar los términos “atribuciones exclusivas” de los Notarios para dar fe pública a la liquidación de la sociedad conyugal. Dentro de la cual, los

²⁶ Ver Luciana B. Scotti, *Manual de Derecho Internacional Privado. Editorial*, (Thomson Reuters, Buenos Aires, 2017), 204.

²⁷ Artículo 296, COFJ.

²⁸ Ver Artículo 190, CR.

“Medios alternativos de solución de conflictos. Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la **mediación** y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su **naturaleza se pueda transigir**” (énfasis añadido).

²⁹ Ver Artículo 43 y 44, LAM.

³⁰ Ver Artículo 18, LN.

interesados son hábiles para decidir repartir los bienes por mutuo acuerdo o someterse a las disposiciones prescritas en el Parágrafo 6, Título V, Libro Primero del Código Civil, conforme su voluntad escrita en la minuta. El conflicto normativo se ahonda al entender en forma literal restrictiva las palabras “atribuciones exclusivas” dejando de lado a lo ordenado en la CR.

En efecto, la Constitución del Ecuador³¹ reconoce la competencia implícita de los Centros de Mediación, extrayéndose la regla general que todo asunto transigible es mediable. En el mismo sentido, la Ley de Arbitraje y Mediación,³² regula el ámbito de competencia sobre la base de la naturaleza transigible de la materia, al respecto, en la sección tres se propondrá un *test* de transigibilidad vinculado a principios de derecho privado, orden público y legalidad, con el objetivo de ayudar al mediador en su responsabilidad de admitir o no acuerdos propuestos por las partes suscriptoras.

En síntesis, la competencia tácita de los Centros de Mediación para liquidar la sociedad conyugal presenta dos dudas. La primera si existe una antinomia entre la LN, la LAM y la CR, la segunda si la liquidación de la sociedad conyugal constituye materia transigible. Interrogantes que serán analizadas en las próximas secciones.

2.3. Antinomia Aparente/ soluble

Un defecto fundamental de la cultura jurídica latina es siempre la tendencia a un mayor reconocimiento práctico de normas explícitas atribuidas por la ley, y deja en duda a las normas implícitas.³³ Corriente también adoptada en Ecuador que tiende a la interpretación literal y restrictiva de la ley, al aplicar a raja tabla su contenido. Deja muchas veces de lado una interpretación armónica, jerárquica y con criterios de *lex superior* que en conjunto con una materia transigible permiten atribuir a los Centros de Mediación la competencia de liquidar la sociedad conyugal, pese a no encontrarse expresamente dentro de todo el ordenamiento jurídico, sí se encuentra de forma implícita en el artículo 43 de la LAM y en el artículo 190 de la CR.

³¹ Ver Artículo 190, CR.

³² Ver Artículo 43, LAM.

³³ Ver Manuel Atienza, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: Una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Cap Jurídica: revista de la academia del colegio de abogados de pichincha* 3, (2017), 94; Ver Daniel Bonilla Maldonado, *El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica* (Santiago: Editora Helena Olea Rodríguez, 2013), 261-263 (concepto del formalismo en el sentido estricto de la ley como el derecho coherente, completo y cerrado).

El problema surge a partir de la reforma³⁴ al artículo 18 de la Ley Notarial [LN] en el 2015 que adiciona el adjetivo “exclusivas” a las atribuciones conferidas a los Notarios. Señala el numeral 23, la potestad de “[p]roceder a la liquidación [...] de la sociedad conyugal [...]; sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los jueces”.³⁵ A causa de esta potestad expresa, aparece la contradicción hasta entonces inexistente sobre ¿Cuál es el órgano competente para liquidar la sociedad conyugal existiendo un mutuo acuerdo entre los excónyuges? ¿Los Centros de mediación?, ¿Las notarías? o ¿ambos?

Para resolver la antinomia planteada se procederá a realizar dos diferentes interpretaciones: i.) De una manera literal, aislada y restringida; y ii.) De manera literal e integral, que otorga lógica y coherencia al sistema jurídico ecuatoriano.

2.3.1. Interpretación literal, aislada y restringida

La interpretación literal o gramatical busca dar sentido a las normas en función del significado propio, común y conforme a las regulaciones sintácticas.³⁶ En cuya parte es pertinente citar a la RAE como la principal fuente de consulta para conocer el significado preciso de las letras españolas. El objetivo es demostrar el concepto común del adjetivo exclusiva/o proveniente del latín *exclūsus* que significa “único, solo, excluyendo a cualquier otro”³⁷ o también, es el “[p]rivilegio o derecho en virtud del cual una persona o corporación puede hacer algo prohibido a las demás”.³⁸

El concepto es necesario para comprender el alcance del numeral 23 del artículo 18 de la LN al conferir “atribuciones **exclusivas** [a] los notarios, además de las constantes en otras leyes: [...] 23.- Proceder a la liquidación [...] de la sociedad conyugal”.³⁹ A partir del cual, se comprende a las Notarías como el único órgano con la potestad para repartir gananciales al existir un mutuo acuerdo entre los comparecientes en la elección de no acudir a la vía contenciosa y tener convenios preestablecidos sobre la repartición de bienes.

Vale recalcar que “[c]uando el sentido de la ley es claro, no desatenderá su tenor literal [...] las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según su uso

³⁴ Ver Artículo 18, Ley Notarial [L.N.], R.O. Suplementario 506 de 22 de mayo de 2015. (Entro en vigencia a partir de la promulgación del COGEP, cambio aún vigente en la última reforma a la ley notarial)

³⁵ Artículo 18 numeral 23, LN.

³⁶ Ver Farith Simón Campaña, *Introducción al estudio del Derecho* (Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2017), 150.

³⁷ RAE, Diccionario de la lengua española, 23rd ed. (CD-ROM), s.v. “exclusiva”.

³⁸ *Id.*

³⁹ Artículo 18 numeral 23, LN, (énfasis añadido).

general”.⁴⁰ El mencionado argumento da valor a una perspectiva que sigue las reglas de lo común. Por consiguiente, el CC en conjunto con el significado de la RAE asignan al adjetivo exclusivas la existencia de una potestad excluyente por parte de las Notarías para conocer los casos de repartición de gananciales no controvertidas.

En concordancia, al criterio de literalidad la frase atribuciones exclusivas a notarios se entiende de forma expresa, el privilegio de las Notarías a conocer la mencionada materia. A diferencia, de los Centros de Mediación que se rigen por una regla general de hacer todo aquello que sea transigible. Así obteniendo un concepto amplio dentro del cual los ámbitos de los mediadores parecer ser que se sujetan a lo emanado del artículo 190 y 43 de la CR y la LAM respectivamente.

En este sentido, la interpretación restrictiva “da una preponderancia al sentido estricto de la letra sobre el que pudiera significar su intención”⁴¹. Dicho de otra manera, el adjetivo exclusivas desde una perspectiva literal, gramatical y restringida permite concluir en la potestad única y exclusiva de los Notarios para liquidar la sociedad conyugal, prohíbe así a otras instituciones de ejercer esta atribución. En otras palabras, el legislador no ha reconocido a los Centros de Mediación como entes capaces de repartir gananciales, aunque les reconoce sus competencias para intervenir en todo asunto transigible.

En cuanto, al origen de las competencias del Centro de Mediación, hay quienes consideran que no poseen atribuciones para liquidar la sociedad conyugal con base en la interpretación literal, gramatical, restringida y aislada anteriormente presentada. Pese a esto, es menester mencionar que dicho análisis jurídico restringe a la norma y, prescinde del resto de ellas vinculadas al ordenamiento jurídico ecuatoriano. De tal manera, que el numeral 23 del artículo 18 de la LN se aísla de los preceptos constitucionales, es de ahí en donde radica el grave problema al excluir otras normas e interpretaciones, que conforme a la Constitución deben emplearse, incluso acarrea una restricción de competencias inconstitucional.

2.3.2. Interpretación literal y sistemática

⁴⁰ Artículo 18, Código Civil [CC], R.O. Suplementario 104, 20 de noviembre de 1970; última reforma el R.O. de 08 de julio de 2019. (En adelante solo CC)

⁴¹ Gonzalo Ruz Lártiga, *Explicaciones de derecho civil parte general y acto jurídico*. (Santiago: Editorial Abeledo Perrot, 2011), 128.

Sería incorrecto afirmar que una norma jurídica se encuentra sola y aislada, pues estas forman parte de un conjunto de normas jurídicas diferentes entre sí, según el órgano del que emana, en base a las relaciones jurídicas que limitan, por los principios de los que proceden, por lo que mandan y la forma de ejercerlo, en otras palabras incluso con sus diferencias, todas estas forman el ordenamiento jurídico, armónico y ordenado, que guarda coherencia entre sí.⁴²

Nuestro *civil law* (sistema jurídico continental) en palabras de Abelardo Torr , tiene que girar alrededor de una ley, la mayor fuente productora de normas.⁴³ La Constitución reconoce tanto a las Notarías como a los Centros de Mediación, al primero en un órgano auxiliar de la Función judicial con atribuciones expresas en la LN; y al segundo en un método alternativo de resolución de conflictos con la capacidad de conocer toda disputa transigible regulada por la L.A.M.

La solución a la antinomia presentada en el LN y la LAM, se basa el criterio de *lex superior derogat inferior*, hace referencia a una ley de distinto grado dentro de una estructura jerárquica preestablecida. Al seguir la guió de la pirámide de Kelsen⁴⁴ acerca de la jerarquía normativa se establece la superioridad de la Constitución, por encima de las demás normas.⁴⁵ En otras palabras, la Constitución subordina en forma y contenido a todas las demás, de modo que se procura una interpretación integral de la Constitución en caso de duda. Con el objetivo de aplicar este criterio, se debe analizar el tipo de normas que presentan la antinomia.

En primer punto, se encuentra la LN aprobada mediante decreto supremo dictado por el expresidente Clemente Yerovi,⁴⁶ confiere de esta manera, la competencia exclusiva a favor de los Notarios. En segundo punto, está la LAM que ‘‘fue discutida, aprobada y allanada a la objección parcial del [exp]residente [...] Fabián Alarcón Rivera’’,⁴⁷ en el artículo 43 se determina la competencia general para la solución de conflictos de manera voluntaria, como en el caso de la liquidación de la sociedad conyugal, por parte de los Centros de Mediación, potestad expresada de forma amplia en el artículo 190 de la CR.

⁴² Ver Julio Cesar Trujillo, *Constitucionalismo Contemporáneo* (Quito: Editorial Corporación Nacional, 2013), 119.

Ver Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho* (Bogotá: Editorial Temis, 2013), 180.

⁴³ Ver Abelardo Torr , *Introducción al Derecho* (Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1981), 329.

⁴⁴ Ver Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, (México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1982), 232-246.

⁴⁵ Ver Artículo 424, 425, 426 y 427, CR.

⁴⁶ Ver sección considerando, LN.

⁴⁷ Sección de certificación y considerandos, LAM.

El artículo 190 de la norma suprema nacional antes mencionada, define a la mediación como un método alternativo de resolución de conflictos con el único límite de que las materias puestas en conocimiento de los Centros de Mediación versen sobre materia transigible.⁴⁸ Contrastándose el artículo 18 de la LN, que faculta exclusivamente la partición de gananciales a las Notarías. Al ser ambas normas parte de un mismo ordenamiento jurídico es necesario dar integridad y coherencia al sistema a través de relaciones de subordinación hacia una norma superior.

La norma suprema debe ser la productora de las demás normas, como es el caso de la Constitución, de la cual emanan todas las competencias de los órganos e incluso las competencias de las mismas Notarías. Por ende, con base en la supremacía constitucional las normas contrarias a la norma suprema carecen de eficacia jurídica.⁴⁹ En otras palabras el artículo 18 numeral 23 carece de eficacia al entender como “exclusivas” las competencias de notarios, aceptando así la competencia tácita de los Centros de Mediación para liquidar de la sociedad conyugal. En efecto, se debe entender el artículo antes mencionado en ausencia del término exclusivas para que el sistema jurídico tenga coherencia e integridad; produciéndose una competencia compartida entre las Notarías y Centros de Mediación para liquidar la sociedad conyugal.

En este sentido, la Ley de Arbitraje y Mediación [LAM] prescribe en el artículo 43, la competencia para resolver conflictos de manera voluntaria a los Centros de Mediación, como en el caso ya mencionado de liquidación de sociedad conyugal, de esta forma pone fin la controversia. Esta facultad permite obtener actas de mediación, producto de un procedimiento versado en temas transigibles.⁵⁰ Entonces, conviene resaltar su capacidad de conocer por regla general toda materia transigible. Así que, al subsumir al caso en concreto, que es la liquidación de la sociedad, es deber del mediador realizar un *test* de transigibilidad, el mismo que se describirá en la sección 3.

El artículo 43 de la LAM establece las características derivadas de un procedimiento de mediación incluidas las competencias generales del mismo, limitado a materias que por su naturaleza pueda transigir. Esta condición no asume potestades excluyentes, porque la intención de este es priorizar la autonomía de voluntad, al permitir el acceso de las partes, a un catálogo de instituciones e instrumentos legales más amplio, conforme

⁴⁸ Ver Artículo 190, CR.

⁴⁹ Ver Artículo 424 y disposición derogatoria, CR.

⁵⁰ Ver Artículo 43, LAM.

sus necesidades para solucionar el conflicto, además, propicia siempre una cultura de paz y diálogo.

Da paso a la coexistencia de instituciones con iguales competencias, pero con el procedimiento legal correspondiente; y deja a elección del usuario la vía más conveniente a sus intereses. Un ejemplo, son las Notarías que poseen la competencia para liquidar los gananciales al igual que los Centros de Mediación. Se evidencia así, desde un análisis de forma con respecto a la CR, la LAM y la LN la competencia compartida o concurrente de ambas instituciones, faltando aún el análisis de fondo que atribuya la potestad de liquidar la sociedad conyugal a los mediadores.

De ahí que, es necesario analizar dos factores. El primero meramente formal del cual se desprende que la LN, es una norma subordinada a la LAM y la CR por tener un grado menor en su categoría de decreto supremo, queda así resuelta la antinomia soluble.⁵¹ Pese a esto, surge la duda de si la CR y LAM atribuyen a la mediación la capacidad de conocer casos relativos a la liquidación de la sociedad conyugal. Debido a que la CR y LAM solo atribuyen las competencias en materias que por su naturaleza sean transigibles, no expresan de forma literal la potestad de los Centro de Mediación a conocer conflictos en relación a la partición de gananciales.

Referente a lo anterior, es cierta la ambigüedad del artículo 190 de la CR y el artículo 43 de la LAM sobre la competencia de la mediación para liquidación de la sociedad conyugal. Sin embargo, este concepto abstracto es determinable al aplicar el *test* de transigibilidad evidenciando la potestad implícita de los mediadores para liquidarla.

3. Análisis de fondo del origen de la potestad de los Centros de Mediación para liquidar la sociedad conyugal

Superada la antinomia aparente, llegamos a inferir que las atribuciones del notario se encuentran determinadas en forma *números clausus* dentro del artículo 18 de la Ley Notarial,⁵² por tanto no exige de la autoridad ningún análisis previo, más que el de ajustar sus funciones a lo establecido; distinto es el caso de los mediadores debido al estudio *ex ante* para determinar si una materia se puede transigir en virtud de su naturaleza, suena incluso romántico el arrojar como limitante al ámbito de la mediación la posibilidad o no

⁵¹ Ver Agustín Squella Narducci, *Introducción al derecho* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000), 340. (Se realiza una diferencia entre antinomia soluble/aparente e insoluble/reales).

⁵² Ver Artículo 18, Ley Notarial, LN.

de transigir, dejando en aparente limbo al mediador a causa de la ausencia de norma expresa que dictamine las atribuciones del mismo.

Actualmente el Centro de Mediación de la Función Judicial⁵³ y el Centro de Mediación de la Universidad San Francisco de Quito, a partir de la solicitud de mediación, evalúan si se admitirá o inadmitirá el caso en concreto, previa verificación de mediar derechos que son disponibles y que no sean asuntos prohibidos por la ley ni el orden público. Cabe destacar que el no realizar el *test* de transigibilidad, podría acarrear la obtención de un acta de mediación inejecutable. Lo anterior hace referencia al Registro de la Propiedad como primer filtro al momento de ejecutar la adjudicación de la partición de bienes inmuebles matrimoniales.

El reconocido jurista Juan Larrea Holguín establece tres requerimientos a la renuncia de derechos. A partir de esos requisitos propondré un test de transigibilidad aplicado a la liquidación de la sociedad conyugal. Con el objetivo de comprobar que la repartición de gananciales es perfectamente transigible siempre y cuando sea un derecho disponible de acuerdo a la ley.

Antes, de proponer el *test* de transigibilidad presentaré tres temas previos. En primer lugar, intentaré presentar a la liquidación de la sociedad conyugal con su correlativa la disolución en razón de presentar la importancia de respetar los pasos anteriores a la obtención del haber liquido repartible. El segundo lugar, intentaré conceptualizar al acta de mediación como aquel instrumento derivado de un procedimiento de mediación con fuerza de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. Finalmente, explicaré la diferencia esencial entre el contrato de transacción y el acta de mediación.

3.1.Liquidación de la Sociedad Conyugal

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la sociedad conyugal, nace⁵⁴ a partir del hecho jurídico de celebrar el matrimonio entre dos personas de igual o distinto sexo.⁵⁵ Por ende, la sociedad de bienes entre los cónyuges se configura con el hecho de contraer nupcias, es decir, se forma un haber social entre los contrayentes del vínculo matrimonial; con la excepción de que convengan un régimen de bienes distinto a través de capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, si los cónyuges desean adjudicarse bienes y

⁵³ Ver Artículo 28, Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial, Resolución 209-2013, Pleno del Consejo de la Judicatura, R. O. Suplemento 165 de 20 de enero del 2014.

⁵⁴ Ver Artículo 139, 153 y 157, CC. (Composición del haber de la sociedad conyugal).

⁵⁵ Causa No. 11-18-CN, Corte Constitucional del Ecuador, El pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, (matrimonio igualitario), 08 de julio del 2019, párr. 300.

terminar la sociedad conyugal, sea por cualquier causa previa, la institución jurídica para realizarlo es la liquidación de la sociedad conyugal.⁵⁶

El efecto patrimonial del matrimonio es la consolidación de la sociedad conyugal donde los cónyuges son copropietarios de los bienes que dentro de esta se encuentren. Por lo tanto, previo a liquidar la sociedad conyugal, los cónyuges “saca[n] de la masa [de bienes] las especies o cuerpos ciertos que les pertenezcan, así como los precios, saldos o recompensas que constituían parte de su haber”;⁵⁷ todo esto con el objetivo de adjudicar los bienes que le corresponde a cada cónyuge.⁵⁸

Cabe destacar que la disolución⁵⁹ del vínculo matrimonial es un paso previo a la liquidación de la sociedad conyugal, de ahí la correlación de la una con la otra. Entonces, a partir de la disolución se procede a liquidar la sociedad conyugal.⁶⁰ El proceso de liquidación postulado por Farith Simón consiste en cinco pasos:

- a) inventario y tasación de bienes; b) retiro de bienes y pago de recompensas que debe la sociedad conyugal a los cónyuges; c) acumulación imaginaria de recompensas que deben los cónyuges a la sociedad conyugal; d) deducción de pasivos; y e) determinación de la masa partible o acervo líquido.

Una vez realizados estos pasos se obtienen los gananciales, en caso de haberlos aparece el derecho de cada uno de los cónyuges, o los herederos en su representación la facultad de disponer sobre el derecho patrimonial denominado gananciales.⁶¹ Por ejemplo, puede dividir en dos la masa partible correspondiente a cada cónyuge,⁶² o también renunciar a su ganancial en todo o en parte a favor del cónyuge adquirente. En efecto, es con este acervo líquido con el que las partes pueden negociar.⁶³

De manera tal, que la distribución de los bienes comunales puede hacerse de tantas formas como soluciones propongan las partes o el mediador, en el ámbito extrajudicial. A saber, algunos cónyuges siguen las reglas del Código Civil ecuatoriano regulado en el título III al momento de repartir los gananciales. Así se consolida el consentimiento libre

⁵⁶ Ver Artículo 217, 191 y 189, CC.

⁵⁷ Jaime Alcalde Silva. “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce”. *Revista Chilena de Derecho Privado* N°28 (2017), 342.

⁵⁸ Ver Pablo Quinzá Redondo. “Régimen económico matrimonial de la sociedad conyugal ecuatoriana”. *Revista Bolivariana de Derecho* N°24 (2017), 54-75.

⁵⁹ Ver Artículos 70, 94 y 189, CC. (La disolución de la sociedad conyugal se produce por: la terminación del matrimonio, por sentencia que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, la declaración de nulidad del matrimonio); Ver Artículo 18 numeral 13, LN. (La disolución de la sociedad conyugal de mutuo acuerdo se disuelve ante notario).

⁶⁰ Artículo 191, CC.

⁶¹ *Id.*, Artículo 203.

⁶² *Id.*, Artículo 198.

⁶³ *Id.*, Artículo 203.

y voluntario de repartir sus gananciales conforme la voluntad de los cónyuges, pudiéndolo realizarlo en Notarías o Centros de Mediación, siempre bajo el parámetro de transigibilidad y legalidad.

3.2.El Acta de Mediación

A partir de la promulgación del COGEP, el acta de mediación es un título de ejecución,⁶⁴ esto en concordancia con la LAM⁶⁵ que establece los efectos del acta de cosa juzgada⁶⁶ y sentencia ejecutoriada.⁶⁷ Además, en consulta al Registro de la Propiedad del Distrito Metropolitano de Quito se advirtió que “el acta de mediación tiene el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, por lo tanto, la misma debe reunir los mismos requisitos de una sentencia y que se haya resuelto en ella de forma clara y precisa”.⁶⁸ Dan fuerza para determinar que el Ecuador ha adoptado la teoría jurisdiccional atribuyendo al *actum* una naturaleza de sentencia.

Sobre la base de lo antes expuesto y el concepto de convenio de mediación de la tratadista Ximena Bustamante,⁶⁹ podríamos definir al acta de mediación como un instrumento legal autónomo que permite plasmar acuerdos y al firmarlo las partes juntamente con un mediador acreditado por un Centro de Mediación, se configura con una naturaleza de título de ejecución con efectos de cosa juzgada y sentencia ejecutoriada. Este *actum* está sujeto a un control previo de legalidad proporcionada por el mediador y/o

⁶⁴ Ver Artículo 364, 362 y 370, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. Suplementario 506 de 22 de mayo del 2015, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018. (En adelante solo COGEP)

⁶⁵ Ver Artículo 47, LAM. (‘El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de **sentencia ejecutoriada y cosa juzgada** y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna’⁶⁵(El resaltado me pertenece)

⁶⁶ Ver Resolución del Recurso de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Gaceta Judicial N°4 y serie N°17 del 23 de agosto de 2000. (‘La cosa juzgada debe ser entendida como aquella institución jurídica que ‘impide promover un nuevo debate sobre el mismo asunto [tendido previamente en el proceso de mediación, del cual se derivó la firma y suscripción del acta de mediación]. En palabras de Bolívar Vergara Acosta ‘la cosa juzgada significa el juicio dado sobre la litis, siendo la resolución definitiva del Órgano Jurisdiccional sobre el asunto litigioso que se ventila entre las partes procesales que no puede ser discutida nuevamente dentro del mismo proceso ni en otro futuro’)

⁶⁷ Ver Gonzalo Ruz Lártiga, *Explicaciones de derecho civil parte general y acto jurídico*. (Santiago: Editorial Abeledo Perrot, 2011), 117 (Desde que han transcurrido todos los plazos para interponer recursos sin que éstos se hayan interpuesto o hasta quedado fallado el último de los recursos interpuestos. A partir de ese momento, la sentencia no puede ser modificada por el propio juez’)

⁶⁸ Oficio RPDMQ-DACJ-2019-006-OF, Registro de la Propiedad del Distrito Metropolitano de Quito [Respuesta a consulta], R.O. S/N de 22 de abril de 2019. (El resaltado me pertenece)

⁶⁹ Ver Ximena Bustamante Vásquez. ‘El Acta de Mediación’. (Quito: Editorial Cevallos, 2009),177.

el Centro de mediación donde se la suscribió. Además, las actas de mediación contienen la firma del mediador que produce la garantía de autenticidad del *actum*.⁷⁰

Por otro lado, las escrituras públicas proporcionadas por los notarios al liquidar la sociedad conyugal no poseen una naturaleza de cosa juzgada ni de sentencia ejecutoriada, sino de meros contratos transaccionales. Opuesto es el caso del acta de mediación de la cual los jueces al momento de ejecutarla nada tienen que modificar, siempre y cuando el actum presente todos los requisitos legales.⁷¹

Lamentablemente pocos son los mediadores que utilizan un *test* de transigibilidad para validar la transigibilidad de los acuerdos produciendo muchas veces nulidad e inejecución del acta de mediación. En consecuencia, la implementación del test de transigibilidad se convierte en esencial al momento de mediar.

3.2.1. Diferencia entre transacción y acta de mediación

Es común caer en el error de asimilar el acta de mediación derivada de un procedimiento alternativo de resolución de conflictos con un contrato de transacción.⁷² Así mismo, ambos negocios jurídicos tienen semejanzas en: primero, un carácter extrajudicial con el cuál terminan “un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”,⁷³ el COGEP a los dos instrumentos les confiere la naturaleza de títulos de ejecución;⁷⁴ y como requisito versen sobre materias transigibles.

Respecto a las diferencias el Código Civil prescribe “no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.⁷⁵ En consecuencia, la transacción siempre es un contrato bilateral. A su vez, Ximena Bustamante manifiesta que “el acuerdo de mediación puede equivaler a una convención bilateral o unilateral”⁷⁶ conforme los acuerdos e intereses de las partes, da paso incluso a la renuncia de derechos en observancia de los requisitos de transigibilidad y legalidad.

Del caso que nos amerita, la liquidación de la sociedad conyugal se deriva la opción de renunciar a los gananciales. Entendida desde la naturaleza del acto voluntario y

⁷⁰ Ver Artículo 47, LAM.

⁷¹ Artículo 47, LAM.

⁷² Ver Wladimiro Villalba Vega, “La transacción dentro del proceso de conciliación”, *Corporación de estudios y publicaciones: revista de derecho* 2 (1997), 27-45. (Se asimila a la mediación al tener éxito se termina en transacción. Cabe destacar que este artículo fue publicado antes de la entrada en vigor de la LAM).

⁷³ *Id.*, 28.

⁷⁴ Ver Artículo 363, COGEP.

⁷⁵ Artículo 2348, Código Civil, R.O. Suplementario 104, 20 de noviembre de 1970; última reforma el R.O. de 08 de julio de 2019.

⁷⁶ Ximena Bustamante Vásquez, *El Acta de Mediación* (Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2009), 80-81.

unilateral como una donación realizada en beneficio del cónyuge adquirente. Afirmando lo dicho, se encuentran Farith Simón⁷⁷ en su manual de familia próximo a publicarse y en la absolución de consultas tributarias del Servicio de Rentas Internas.⁷⁸

3.3.Materia transigible: Partición de gananciales

El origen de la competencia para liquidar la sociedad conyugal de los Centros de Mediación se ha enfrentado a dos problemas. El primero fue tratado en la sección dos sobre la antinomia soluble entre la LN, la LAM y la CR aplicando una interpretación de jerarquía superior, literal y sistemática impidiendo a las Notarías atribuirse una potestad exclusiva por sobre el precepto constitucional. Finalmente, compete analizar la norma constitucional que atribuye a la mediación la competencia tácita de conocer todo asunto que verse en materia transigible. Este concepto es difuso y abstracto en consecuencia es menester empezar con definir lo que se entiende con materia transigible.

Materia transigible es “todo aquel aspecto en el cual las partes pueden renunciar derechos”.⁷⁹ Esto quiere decir, que la mediación para delimitar sus atribuciones debe aplicar un *test* de transigibilidad con el objetivo de evidenciar si el derecho subjetivo es renunciabile.

Del mismo modo, conforme al asunto que nos compete liquidar la sociedad conyugal ofrece a las partes disponer de su ganancial para hacer uso de este, ya sea dividiendo el haber liquido repartible a la mitad o renunciando en todo o en parte a la cuota de gananciales que por ley le correspondía.

En ese sentido, las actas de mediación pueden concertar concesiones recíprocas que impliquen una renuncia total o parcial de derechos equivalentes o no a las obligaciones adquiridas, en virtud de que estas aprueben el *test* de transigibilidad aplicado al caso en concreto, la liquidación de la sociedad conyugal.

Por ende, la renuncia de gananciales es la decisión que permite disponer del derecho subjetivo plenamente al incluso sacarlo de su dominio. En consecuencia, aplicando el aforismo jurídico, conforme el cual quien puede lo más, puede lo menos o

⁷⁷ Ver Farith Simón, *Manual Borrador de Derecho de Familia*. (manuscrito no publicado/ citado con autorización del autor, febrero 2017), 122.

⁷⁸ Oficio 917012016OCON002140, Servicio de Rentas Internas [Absolución de consulta tributaria afirmando la renuncia de gananciales se configura en un hecho generador del impuesto a la renta sobre ingresos provenientes de herencias, legados y donaciones], Registro Oficial Edición Especial 364 de 03 de octubre de 2017.

⁷⁹ Jaime Vintimilla Saldaña, “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, Quito: *Revista MASC Ecuador* 1(2005),11.

quit potest plus, potest minus,⁸⁰ permite al excónyuge decidir si renunciar en todo o nada a su porción conyugal resultante de la liquidación.

3.3.1. Test de transigibilidad

La responsabilidad de producir actas inejecutables es del mediador más que del Centro de Mediación que avala la experticia del mencionado, debido a que el primero es quien conoce sobre los acuerdos aceptados por las partes y evalúa la transigibilidad de estos. Se añade la flexibilidad del procedimiento de mediación para acceder a este, toda persona capaz de transigir, más no es un requisito el contar con un abogado. Entonces, las partes a su real entender pueden proponer acuerdos fuera del marco legal establecido. Por ese motivo, el mediador debe explicar y dar opciones a las partes sobre la ilegalidad, arremetimiento al orden público o falta de derecho sobre los acuerdos enunciados por las partes.

Como bien se cita a Ferrajoli, él “sostiene que la propiedad no es un derecho fundamental, sino por el contrario, un poder, fuente de desigualdades y ello choca frontalmente con la esencia misma de los derechos fundamentales”.⁸¹ Estos últimos, son basados en la igualdad y potestad de todas las personas, por el mero hecho de serlas. Entendiendo que “todos los sujetos tienen por igual el derecho fundamental a la vida, libertad de conciencia, o a respirar un aire limpio, pero no todos tienen el derecho de propiedad sobre determinados objetos”.⁸²

Continuando la idea, el derecho a la propiedad debería entenderse al relacionarlo con un derecho subjetivo como “la potencia o libertad para adquirir el dominio sobre todos aquellos bienes susceptibles de ser adquiribles por los individuos. Pero el derecho de propiedad es esencialmente alienable, disponible, transable y transmisible”.⁸³

De esa manera, Juan Larrea Holguín afirma que “no todo derecho es renunciabile; no puede, aplicarse esa facultad omnímoda de disposición a todo derecho”.⁸⁴ Así mismo,

⁸⁰ Ver Alfredo Parés Salas, “Qui Potest Plus, Potest Minus, o de la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias inferiores al monto único tasado por ley”, *Caracas: Revista de derecho público* 124 (2010), 11.

⁸¹ Andrés Bordalí Salamanca, “Justicia privada”, *Valdivia: Revista de Derecho* Vol. XVI (2004), 165-186.

⁸² *Id*,

⁸³ Andrés Bordalí Salamanca, “Justicia privada”, *Valdivia: Revista de Derecho* Vol. XVI (2004), 165-186; Ver Farith Simón Campaña, “La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (Laexclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser “derecho constitucional)””, (*Iuris Dicitio : revista del colegio de jurisprudencia de la USFQ* 13, 2010), 22.

⁸⁴ Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* (Quito: Editorial Corporación de estudios y publicaciones, 2008), Capítulo VI, N/D, Epubreader.

el Código Civil determina en el artículo 11 “[p]odrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”⁸⁵. Hay que mencionar que el jurista sobre la base de lo expuesto plantea tres requisitos para poder renunciar un derecho como son: “[1. q]ue sean positivos, [2. q]ue sólo miren al interés individual del renunciante [; y 3 q]ué no esté prohibida su renuncia”.⁸⁶

A continuación, el *test* de transigibilidad será aplicado a la renuncia de gananciales.

3.3.1.1. Que sean derechos subjetivos otorgados por la ley

En principio el derecho subjetivo e interés debe encontrarse dentro de la esfera de disponibilidad de la persona. Así, las leyes deben reconocer el derecho subjetivo. De hecho, muchas veces el ordenamiento jurídico califica las situaciones jurídicas como disponibles e indisponibles,⁸⁷ en vez de transigibles.

Conforme al caso en concreto, la renuncia a los gananciales repartidos está prescrito en el párrafo sexto del libro I del Código Civil; es decir, lo importante es que el derecho se encuentre en alguna norma. Sin lugar a dudas el primer requisito de positividad del derecho subjetivo está permitido, al estar contenido en el CC la renuncia del haber líquido repartible.

3.3.1.2. Que solo miren al interés individual del renunciante

Luis Parraguez en su libro inédito cita a Hernán Corral Talcini, quien argumenta “que el principio de autonomía de la voluntad”⁸⁸ tiene una autorización genérica previa dentro del sistema, pero son los intereses regulados por las partes “[los cuales son] analizados en función de la normativa creada por el negocio y por los valores en ella implicados”.⁸⁹ En este punto es menester analizar al acta de mediación desde el negocio jurídico que sustenta, como es la donación en la renuncia de gananciales conforme el criterio de Farith Simón.⁹⁰

⁸⁵ Artículo 11, CC.

⁸⁶ Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* (Quito: Editorial Corporación de estudios y publicaciones, 2008), Capítulo VI, N/D, Epubreader.

⁸⁷ Ver Andrés Bordalí Salamanca, “Justicia privada”, *Valdivia: Revista de Derecho* Vol. XVI (2004), 165-186. (Hace una cierta relación de la transigibilidad con la disposición)

⁸⁸ Luis Parraguez Ruiz, *Régimen general del negocio jurídico y del contrato-Primer borrado* (unpublished manuscript, marzo 26 2020), typescript, 11-13.

⁸⁹ Id.

⁹⁰ Ver Farith Simón, *Manual Borrador de Derecho de Familia*. (unpublished manuscript, febrero 2017), typescript, 121

El segundo requisito del *test* es “que solo mire al interés individual del renunciante”.⁹¹ De acuerdo con Juan Larrea Holguín “referirse sólo al interés del renunciante, equivale a decir, que sean de orden privado”.⁹² Cabe destacar, que el orden público regula el campo de acción de la autonomía privada.⁹³ Por ende, el orden privado es subordinado al orden público, en consecuencia, es necesario entender en que consiste el orden público.

En palabras de Luis Parraguez el orden público “[tiene una] categoría de gran amplitud que se articula con el interés general de la sociedad y en la que encuentran acogida tanto las exigencias y prohibiciones que expone la ley, como los requerimientos de la moral y buenas costumbres”.⁹⁴ Por consiguiente, el verdadero análisis se encuentra en el orden público, al cual la renuncia de gananciales debe subsumirse que deja solo el interés entre privados a libre arbitrio. A continuación, nombraremos diferentes reglas a tener en cuenta al momento de renunciar los gananciales, caso contrario el acta de mediación puede resultar inejecutable o anulada por el juez.

Asimismo, recalca que el negocio familiar es la especie, dentro del género del negocio jurídico. Da como efecto que le son aplicables las reglas generales a todo negocio jurídico, a falta de regulación especial. También, establece que el Derecho de Familia se encuentra estrictamente reglado por normas imperativas, que limitan a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, afirma que “por lo general, las relativas a los bienes matrimoniales”⁹⁵ son una excepción a la regla general.

Los gananciales son derechos meramente patrimoniales subordinado al orden público. El orden público resguarda el interés general de la sociedad. Por lo tanto, para que el acta de mediación surta efectos legales se debe limitar a las exigencias y prohibiciones de la ley.

Las exigencias de la ley conforme a lo prescrito en los artículos 1460 y 1461 del Código Civil y de acuerdo al criterio de Luis Parraguez los elementos esenciales del negocio que otorgan validez al acuerdo de voluntades son: 1. Capacidad de las partes; 2. Voluntad libre de vicios; 3. Objeto Lícito; 4. Causa Lícita; y 5. Solemnidades esenciales.

⁹¹ Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* (Quito: Editorial Corporación de estudios y publicaciones, 2008), Capítulo VI, N/D, Epubreader.

⁹² *Id.*

⁹³ Ver Luis Parraguez Ruiz, *Régimen general del negocio jurídico y del contrato-Primer borrado* (unpublished manuscript, marzo 26 2020), typescript, 31.

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ Luis Parraguez Ruiz, *Régimen general del negocio jurídico y del contrato-Primer borrado* (unpublished manuscript, marzo 26 2020), typescript, 79.

Por este motivo, el mediador conforme su experticia en el tema debe comprobar que se cumplan estos cinco requisitos de validez.

3.3.1.2.1. Capacidad de los sujetos intervinientes en el procedimiento de mediación

Legalmente son capaces para ejercer su derecho de renuncia de gananciales todas las personas mayores de dieciocho años⁹⁶ o quién los represente con la respectiva procuración judicial con la cláusula especial para transigir.⁹⁷ También dentro de la mediación están el mediador y el Centro de mediación.⁹⁸

El procedimiento de mediación empieza con una solicitud dirigida “a los [C]entros de [M]ediación o a mediadores independientes debidamente autorizados”.⁹⁹ Los mediadores “independientes” denominados por la LAM deben estar autorizados por un Centro de Mediación y Arbitraje para ejercer sus funciones, en otras palabras, los mediadores independientes, en realidad se encuentran sujetos a la predisposición de un Centro de Mediación que les permita inscribirse dentro del mismo para firmar actas de mediación y se los reconozca como un mediador cualificado conforme su reglamento interno.¹⁰⁰

Por lo tanto, es necesaria la existencia de un Centro de Mediación y del mediador, como un tercero neutral para concretar un acuerdo. Por consiguiente, el Centro de Mediación adscrito a la persona jurídica que los crea conforme la LAM,¹⁰¹ así como la persona natural, denominada mediador, son dos personas que determinan la eficacia del acta de mediación. Tal como afirma Ximena Bustamante, la sola firma del mediador confirma que las firmas del solicitante y solicitado son auténticas y originales en el convenio de mediación.¹⁰²

Adicionalmente, los cónyuges deben ser los titulares de dominio de los bienes muebles e inmuebles existentes dentro de la sociedad conyugal para que se contabilicen en el inventario de la sociedad conyugal. En resumen, el primer requisito es aquel en el

⁹⁶ Ver Artículo 310 literal 4, CC.

⁹⁷ Ver Artículo 42 y 43, COGEP

⁹⁸ Ver Artículo 43,46,48 y 52 LAM.

⁹⁹ Artículo 44, LAM.

¹⁰⁰ Ver Juan Carlos Arizaga González. “La mediación independiente”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje* (2013), 93.

¹⁰¹ Ver Artículo 48, LAM.

¹⁰² Ver Ximena Bustamante Vásquez, *El Acta de Mediación* (Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2009), 90-91.

cual ambos cónyuges tienen la capacidad legal para suscribir el acta de mediación.¹⁰³ Asimismo, la liquidación de la sociedad conyugal se encuentra condicionada a que previamente se debe haber disuelto la sociedad conyugal.

Por otro lado, comúnmente, el divorcio¹⁰⁴ es la forma más utilizada para disolver la sociedad conyugal. En este caso, es necesario adjuntar como documento habilitante la copia de cédula actualizada donde se demuestre el estado civil de las partes en su calidad de divorciado/a para que el mediador verifique que efectivamente la sociedad conyugal se encuentre disuelta y evidencien su capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Otra forma de disolver la sociedad conyugal es a través de Notario¹⁰⁵ del cuál se exige el acta notarial protocolizada e inscrita en el Registro Civil. Por lo tanto, las partes deben demostrar su estado de encontrarse disuelta la sociedad conyugal para proceder a realizar la liquidación de la sociedad conyugal en un Centro de Mediación, entre los requisitos exigidos constan copia certificada del acta protocolizada o la marginación del acta de la disolución en el Registro Civil.

No obstante, la disolución de la sociedad conyugal cuando se decreta la posesión provisional de los bienes del desaparecido corresponde exclusivamente a la justicia ordinaria, puesto que bajo la hipótesis de un matrimonio regido bajo una comunidad de bienes dentro del cual el cónyuge desaparece, el juez primero procede a disolver y liquidar la sociedad conyugal para después, dar la posesión provisional de los bienes a los herederos presuntos. En consecuencia, se exige *a priori*, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal en el caso de disolver por causal.¹⁰⁶

3.3.1.2.2. Voluntad libre de vicios

El segundo requisito consiste en la manifestación de la voluntad libre de vicios. Al suscribir el acta de mediación el consentimiento para renunciar los gananciales debe ser libre y espontáneo por parte de los cónyuges, especialmente, por parte del cónyuge donatario.

Se evita una ruptura entre lo querido y lo manifestado por los cónyuges, ninguno de ellos debe incurrir en un justificable error o engaño, porque entonces, se podrá rescindir

¹⁰³ Ver Artículo 1461, 1462, 1463 CC.

¹⁰⁴ Ver 105 CC (El divorcio es una de las formas para dar por terminado el matrimonio).

¹⁰⁵ Ver Artículo 18, literal 13, LN.

¹⁰⁶ Ver numeral 2 del artículo 189 CC.

del acta de mediación. El cónyuge que adolezca del vicio de error o engaño podrá ejercer su acción resarcitoria en el lapso de cuatro años posteriores a la disolución de la sociedad conyugal, caso contrario prescribirá la acción.¹⁰⁷

Igualmente, el Código Orgánico de la Función Judicial respecto a los límites de competencia determina la prohibición de mediar en casos de violencia intrafamiliar.¹⁰⁸

3.3.1.2.3. Objeto lícito

El tercer requisito con respecto del objeto lícito del negocio jurídico es que la disposición de los derechos subjetivo no sea contraria la ley.

Empecemos con la irrenunciabilidad de derechos personalísimos o también llamados derechos de la personalidad según Galiano Maritan G. y Tamayo Santana “son aquellos derechos subjetivos que resultan inherentes e inseparables de la condición humana tienen tal connotación jurídica que no es dable al derecho renunciar a su amparo, sea en el ámbito civil [...] o cualquier otro”.¹⁰⁹

En consecuencia, los derechos y obligaciones que permite el pleno goce de la personalidad, son los referentes al estado civil de las personas como:¹¹⁰ la investigación de maternidad/ paternidad, matrimonio, divorcio, el reconocimiento voluntario de hijos, etc. no son materia transigible. Pero, deja abierto a negociar derechos meramente patrimoniales, que no sean personalísimos.

Cabe destacar que la liquidación de la sociedad conyugal no está enumerada entre los actos relativos al estado civil de las personas sobre los cuáles la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación tiene plena potestad de solemnizar, autorizar, inscribir y registrar.¹¹¹ De esta forma, la renuncia de gananciales es un derecho subjetivo patrimonial que no se relaciona con el estado civil de las personas prohibidos de negociar.

Sin embargo, al renunciar a los gananciales, el cónyuge donante conserva sus derechos y obligaciones correspondientes a las recompensas e indemnizaciones expresadas en el parágrafo 6 del Código Civil.¹¹² Las recompensas e indemnizaciones

¹⁰⁷ Ver Artículo 204, CC.

¹⁰⁸ Ver Artículo 17, COFJ.

¹⁰⁹ Galiano Maritan, G. y Tamayo Santana, G. 2018. Análisis constitucional de los derechos personalísimos y su relación con los derechos del buen vivir en la Constitución de Ecuador. *Revista de Derecho Privado*. 34 (mar. 2018), 123-156.

¹¹⁰ Ver Artículo 10, Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles [LOGIDC], R. O. Suplemento 684 de 04 de febrero del 2016, reformado por última vez R. O. Suplementario de la Corte Constitucional 96 de 08 de julio de 2019.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² Ver Artículo 203, CC.

establecidas en el artículo 206 y anteriores, pese a la renuncia siguen en propiedad del renunciante.

El objeto de la obligación, es decir las prestaciones derivadas del acta de mediación deben contener la existencia de los bienes, para esto, el mediador debe solicitar a las partes como documentos habilitantes los títulos que permitan afirmar la existencia de la cosa y su dominio. Un ejemplo, son las escrituras de inmuebles.

Un ejemplo, es el caso José Chong Qui Lang Long- Rosa Moreno Sánchez,¹¹³ pese a ser una escritura pública se evidencia la vulneración de los principios generales del orden público que operan en ausencia de normas expresas. Cuando se ejerce un derecho buscando fines diferentes al interés general, se entra en la figura de lo ilícito y abusivo.

Del caso antes mencionado se desprende una cláusula especial en la escritura pública de liquidación, renuncia de gananciales y adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, contrario al artículo 66 numeral 26 de la CR se refiere al derecho de las personas a la propiedad, bajo la responsabilidad social “ya que al no haberse cuantificado las deudas que debían pagar los donatarios, pone en peligro los demás bienes propios de la compareciente y sus hijos, obtenidos antes de la referida escritura”.¹¹⁴

Sin embargo, el artículo 1436 del Código Civil señala que “la donación a título singular puede imponerse al donatario el gravamen a pagar las deudas del donante, con tal que se exprese una cantidad determinada hasta la cual se extiende este gravamen”.¹¹⁵ En este sentido, no existió una determinación de la deuda al momento de concertar la escritura pública, pero después, esta deuda con el Servicio de Rentas Internas llegó a ascender a un millón trescientos mil dólares, valor que era incluso superior a todos los bienes adjudicados a favor de la señora Rosa Moreno.

Al final, el juzgado tercero de trabajo declara la nulidad de la cláusula por considerarla violatoria al derecho constitucional y contraria al orden público. En síntesis, la realización del inventario dentro del acta de mediación es prioridad para después, adjudicar bienes determinados y evitar una nulidad futura.

3.3.1.2.4. Causa Ilícita

¹¹³ Caso N° 09353-2012-0060, Rosa Moreano vs José Chong Qui Lang Long, Juzgado Tercero de Trabajo del Ecuador, R.O. N/D (El caso ha sido analizado en Corte Constitucional por acción extraordinaria de protección y acción por incumplimiento a la sentencia).

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ Artículo 1436, CC.

La obligación se anexa a una causa real y lícita, dentro de la cual no es necesario expresarla, debido a que la mera liberalidad o beneficio es causa suficiente para la realización del negocio jurídico. Sin embargo, es necesario revisar que las causas ilícitas son las prohibidas “por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público”.¹¹⁶

El renunciante, mediante el ejercicio de su derecho a disponer sobre su derecho patrimonial, es libre de decidir unilateralmente la donación¹¹⁷ de todo o en parte referente a su ganancial. Se tiene como efecto que el donatario asuma los derechos de la sociedad conyugal y del cónyuge en un solo patrimonio.¹¹⁸

Añade también, el límite de “respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes”.¹¹⁹

3.3.1.2.5. Solemnidades Sustanciales

El quinto requisito con respecto al sometimiento del negocio jurídico a las solemnidades esenciales. Es importante mencionar que el orden público exige la protección a terceros de buena fe afectados por el nuevo régimen de bienes diferente al de la sociedad conyugal.

De acuerdo, a Claro Solar los acreedores podrán perseguir al administrador de la sociedad conyugal como si la separación de bienes no se hubiera pactado; y el administrador no puede oponerse con el argumento del nuevo régimen de bienes en el pactado para liberarse de los acreedores.¹²⁰

El código civil a lo largo de su acápite vela, que no se perjudique a terceros,¹²¹ al modificarse las reglas sobre la administración de la sociedad conyugal. Un ejemplo, es la inscripción en el Registro Civil, las Notarías y los Centros de Mediación deberá publicar una sola vez en un periódico de tráfico nacional la liquidación de la sociedad conyugal, transcurridos veinte días desde la publicación y si no existe oposición, se procederá a realizar la inscripción en la entidad pública respectiva.¹²² Todo esto con el

¹¹⁶ Artículo 1483, CC.

¹¹⁷ Ver Farith Simón, *Manual Borrador de Derecho de Familia*. (unpublished manuscript, febrero 2017), typescript, 121.

¹¹⁸ Ver Artículo 205, CC.

¹¹⁹ Artículo 17, COFJ.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ Ver Artículo 152 numeral 5, CC.

¹²² Ver Artículo 18 numeral 23, LN; Ver Ximena Bustamante Vásquez, *El Acta de Mediación* (Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2009), 90-91.

objetivo de no vulnerar los derechos de un tercero que se pueda oponer conforme Derecho.

Continuemos, con otra solemnidad sustancial como es la inscripción del acta de mediación en el Registro de la Propiedad referente con el objetivo de “ [efectuarse] la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registrador de la Propiedad”.¹²³ Por lo tanto, si dentro de la sociedad conyugal se dispone de bienes inmuebles se deberá inscribir el acta de mediación en el Registro de la Propiedad correspondiente al lugar donde se encuentra el inmueble. En otras palabras, del artículo 702 del código civil se desprende que el objeto de la inscripción en el Registro de la Propiedad es constituir la tradición de los bienes inmuebles, con el antecedente de la celebración de un acta de mediación.

Se debe recordar que el acta de mediación se rige en función del principio de la autonomía de la voluntad. Entonces, los comparecientes son los principales actores en el procedimiento de mediación tomando la responsabilidad de inscribir el acta de mediación en el Registro de la Propiedad para su perfeccionamiento.

Conforme a Luis Francisco Monreal “el registro de la Propiedad es un instrumento para dar seguridad al que adquiere algún derecho real sobre bienes inmuebles”.¹²⁴ En sí, la publicación en el Registro de Propiedad permite a terceros conocer el nombre de la persona titular del bien y no existan confusiones acerca del dueño del inmueble.

La inscripción del acta de mediación en el Registro de la Propiedad es una solemnidad sustancial de estricto cumplimiento para perfeccionar el traspaso de dominio. De acuerdo con Luis Parraguez, la inscripción permite a terceros interesados en los bienes inmuebles, ya sea por su calidad de acreedores o de futuros propietarios, informarse sobre la transferencia de gravámenes de inmuebles, para adoptar medidas tales como: hipoteca, prohibición de enajenar, partición, o si se encuentra dentro de un juicio posesorio o de reivindicación e incluso cerciorarse sobre los límites o gravámenes que posee el bien inmueble.

¹²³ Artículo 702, CC.

¹²⁴ Luis Francisco Monreal Vidal. *Práctica Registral: cuestiones básicas sobre el Registro de la Propiedad, Registro Mercantil, Registro de Bienes Muebles y Oficina Liquidadora* (Madrid: Centro de Estudios, 2004), 33.

La LAM¹²⁵ confiere al acta de mediación efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. Por ende, debe inscribirse directamente en el registro de la propiedad,¹²⁶ sin pasar por una escritura pública previa.

Adicionalmente, el Registro de la Propiedad es una institución que se encarga de publicar y exigir a las actas notariales o de mediación cumplan con los requisitos del artículo 11 de la Ley de Registro. Por ende, los Centros de Mediación están sujetos a recibir una negativa de inscripción en caso de no cumplir con los requisitos. En consecuencia, “el registrador de la Propiedad no es un simple anotador de inscripciones [porque tiene] la función de tutelar la validez de los títulos y negocios jurídicos que se le presentan para inscripción, facultándosele [incluso llegar a] negar la inscripción en los casos descritos en la Ley Registral”.¹²⁷

Al producirse la liquidación de la sociedad conyugal se debe “comprobar [...] el pago de todos los impuestos”,¹²⁸ en efecto, es responsabilidad del Registro de la Propiedad velar si al adjudicar los bienes inmuebles, no tienen ningún impedimento y si el asignatario ha cumplido con los pagos de los impuestos. También, si se presenta una “deuda tributaria imputable a un cónyuge habrá de ser calificada como ganancial [...] cuando se grava la titularidad de derechos exclusiva de un cónyuge sobre los bienes inmuebles”.¹²⁹ Por ende, no es responsabilidad del mediador que suscribió el acta de mediación cerciorarse del pago de impuesto, en vista que es una función que le corresponde al Registro de la Propiedad, de acuerdo a la Ley de Registro.¹³⁰

Al cumplir los cinco requisitos de validez produce un acta de mediación eficaz evitando que el juez y funcionarios públicos como el Registro de la Propiedad, inejecuten el instrumento o aleguen la nulidad de este, por no carecer de validez.

¹²⁵ Artículo 47 inciso cuarto, LAM.

¹²⁶ Artículo 25, Ley de Registro, Registro Oficial 150 de 28 de octubre de 1966, última reforma el 20 de mayo de 2014.

¹²⁷ Luis Parraguez Ruiz. *El régimen jurídico de los bienes*. (Quito: Ediciones Iuris Dictio. 2015), 346.

¹²⁸ Artículo 107 numeral 3, CC.

¹²⁹ Alberto Fabar Carnero. “La responsabilidad directa con los bienes gananciales por las deudas de naturaleza extracontractual individualmente contraídas”. *Revista de Derecho de la UNED XXII* (2018), 335.

¹³⁰ Ver Artículo 11, Ley de Registro.

3.3.1.3. Que no esté prohibida su renuncia

El último, requisito del *test* de transigibilidad es que la renuncia no se encuentre prohibida legalmente. Con lo cual encuentra cabida en el Principio de derecho privado que establece que los particulares “pueden hacer todo aquello que no está prohibido”.¹³¹

La facultad de los cónyuges para renunciar a sus gananciales se encuentra prescrita en el artículo 203 del CC, siempre que cumplan con la capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones. A lo largo del ordenamiento jurídico no existe una prohibición expresa de las partes para liquidar la sociedad conyugal en un Centro de Mediación, es más la renuncia de gananciales se encuentra positivada, siempre y cuando no se violenten los requisitos de validez.

En síntesis, tanto las Notarías, como los Centros de Mediación tiene la competencia para conocer asuntos no litigiosos sobre la liquidación de la sociedad conyugal. A partir de corroborar una competencia compartida entre ambas instituciones legales al aplicar una interpretación literal sistemática y constitucional del numeral 23 presente en el artículo 18 de la LN más la comprobación de que los acuerdos voluntarios versen sobre la materia transigible aplicando el *test* propuesto, se puede concluir la existencia de una competencia tácita de los Centros de Mediación para liquidar la sociedad conyugal.

4. Conclusiones

En el presente trabajo se analizó que el origen de la competencia de los Centros de Mediación para liquidar la sociedad conyugal, deviene del artículo 190 de la CR y del artículo 43 de la LAM, se añade además una interpretación literal y sistemática del ordenamiento jurídico, para otorgar la competencia tácita para liquidar a los Centros de Mediación y la atribución expresa a las Notarías con el objetivo de mantener un ordenamiento jurídico que guarde coherencia entre sus normas.

El ámbito de aplicación de la mediación es muy amplio, sobre la base de la disposición constitucional, se puede convenir todo asunto derivado de una materia transigible. Se propuso un *test* de transigibilidad que visualiza al acta de mediación desde la perspectiva de negocio jurídico, para resolver si la liquidación de la sociedad conyugal es transigible.

¹³¹ Fernando Hinestrosa. “Función y límites y cargas de la autonomía privada”, *Revista de Derecho Privado* 26 (2014), 21; Ver Artículo 66 numeral 29 literal 4, CR.

El *test* se expone sobre la base del criterio de la renuncia de gananciales se encuentre positivada; que es un derecho que solo mira el orden privado, sin afectar el orden público; y es un derecho subjetivo que no ha sido prohibido por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Cada uno aprueba la liquidación de la sociedad conyugal de forma objetiva y presupone un ámbito de conocimiento para Centros de Mediación.

Se establecieron algunos límites encontrados al realizar el *test* que, de no cumplirlo, podrían acarrear en la inejecutabilidad y nulidad del acta, como el que se encuentre disuelta previamente la sociedad conyugal, o tener gananciales determinados al momento de suscribir el acta.

El artículo deja abierta la posibilidad de aplicación del *test* de transigibilidad para evaluar otros asuntos admisibles a un procedimiento de mediación, tal vez el más cercano es el de la disolución de la sociedad conyugal o explorar a fondo la subrogación de deudas en la liquidación de la Sociedad Conyugal, todo esto con el fin de abordar y diferenciar paulatinamente cuales son las competencias, en razón de materia, de los Centros de Mediación, que permite descubrir y difundir las atribuciones conferidas por la ley a los mediadores, pese a encontrarse permitido de forma general y hasta difusa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.